

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (De managementovereenkomst volgens de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep)

van den Berg, L.

2007

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

van den Berg, L., (2007). *Case note: Hoge Raad (De managementovereenkomst volgens de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep)*, Jul 13, 2007. (Arbeidsrechtelijke annotaties; Vol. 2007, No. 3).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## De managementovereenkomst volgens de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep

**HR 13 juli 2007, JAR 2007/231; NJ 2007, 449, m.nt. E. Verhulp (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM)**

*Arbeidsovereenkomst; managementovereenkomst; overeenkomstver-eiste; derdebelanghebbenden; feitelijke benadering*

### **1 Feiten<sup>1</sup>**

Sinds in ieder geval 1 september 1992 verricht Knipscheer via zijn ‘pensioen-bv’ (Knipham) werkzaamheden bij Stichting Thuiszorg Rotterdam (STR) in de functie van algemeen directeur. De werkzaamheden worden verricht op basis van een managementovereenkomst tussen Knipham en STR. Knipscheer is directeur en enig aandeelhouder van Knipham.

De managementovereenkomst tussen Knipham en STR is aangegaan voor onbepaalde tijd. Er is een tussentijdse opzeggingsmogelijkheid opgenomen: de opzegtermijn bedraagt voor Knipham drie maanden en voor STR zes maanden. De managementfee en bijkomende onkostenvergoedingen worden met inhouding van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen via de loonadministratie van STR uitbetaald. Over de managementfee wordt geen btw afgedragen. STR betaalt een vergoeding voor de premie van de C-polis waarin Knipscheers pensioen is ondergebracht.

De statuten van Knipham voorzien niet in activiteiten als bedoeld in de managementovereenkomst; de doelomschrijving is beperkt tot ‘het doen van periodieke, van het leven van de gerechtigde afhankelijke uitkeringen, alsmede houdstermaatschappij’. De statuten van STR bepalen dat de algemeen directeur een natuurlijk persoon is die in dienst is van de stichting.

Op 3 oktober 2001 is op verzoek van PGGM (een pensioenfonds waarbij op grond van artikel 21 van de Wet verplichte deelneming aan een bedrijfstak-pensioenfonds (Wet verplichte deelneming) alle werknemers in de zorgsector verplicht zijn aangesloten) een dwangbevel betekend op een op 1 april 2001 gedateerde premienota inzake Knipscheer. Volgens PGGM is tussen Knipscheer en STR sprake van een arbeidsovereenkomst, hetgeen meebrengt dat Knipscheer onder de verplichtstelling op basis van de Wet verplichte deelneming valt. STR betwist dit standpunt en stelt dat zij niet gehouden is tot betaling van de premienota omdat Knipscheer zijn werk-

<sup>1</sup> De auteur dankt mr. Duk voor het verlenen van inzage in de afschriften van de cassatiedagvaarding en de schriftelijke repliek/ dupliek in de zaak.

zaamheden voor STR niet op basis van een arbeidsovereenkomst met STR verricht, maar op basis van de managementovereenkomst tussen Knipscheer en STR.

## **2 Oordelen kantonrechter, hof en Hoge Raad**

De kantonrechter<sup>2</sup> stelt vast dat STR heeft erkend dat zij in strijd met haar statuten handelt door Knipscheer zijn werkzaamheden als directeur niet op basis van een arbeidsovereenkomst met haar te laten verrichten. Volgens de kantonrechter is de reden hiervoor gelegen in het vermijden van een pensioenbreuk, dus om te voorkomen dat Knipscheer onder het bereik van de verplichting tot aansluiting bij PGGM zou vallen. Dat is echter niet voldoende om aan te nemen dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. STR heeft met recht aangevoerd dat alleen natuurlijke personen als werknemer partij bij een arbeidsovereenkomst kunnen zijn. Een rechtspersoon kan niet in dienst treden vanwege het persoonlijk karakter van de arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat de overeenkomst tussen Knipscheer en STR geen arbeidsovereenkomst kan zijn. Knipscheer was geen partij bij die overeenkomst.

Het hof heeft op 21 januari 2005 een tussenarrest gewezen.<sup>3</sup>

Het behoort volgens het hof tot de taak van PGGM te bewerkstelligen dat alle personen die onder de reikwijdte van de verplichtstelling vallen bij haar als deelnemer in de betreffende door haar uitgevoerde regeling worden aangemeld en de ter zake verschuldigde premies worden voldaan. Daarbij is van belang dat het gaat om een regeling voor de gehele in de verplichtstelling afgebakende sector. Die solidariteit wordt gerealiseerd via het creëren van een zo groot mogelijk draagvlak van financiering van de regeling door middel van een zogenoemde doorsneepremie die voor oud/jong en gezond/minder gezond op dezelfde wijze wordt berekend (een betaalbaar pensioen voor eenieder). Het hof brengt verder naar voren dat ter zake van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, het bepaalde in artikel 150 Rv geldt, zodat stelplicht en bewijslast ter zake in beginsel bij PGGM liggen. Het feit dat PGGM een sociaal belang dient, maakt dat niet anders. PGGM kan zich niet beroepen op het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW. Deze bepaling moet met name worden gezien als een instrument om de bewijspositie van de werknemer ten opzichte van de werkgever te versterken. In het onderhavige geval heeft STR gesteld dat tussen haar en Knipscheer ter zake geen enkele onduidelijkheid bestaat. Gesteld noch

2 Ktr. Rotterdam 14 augustus 2002, JAR 2002/217.

3 Hof Den Haag 21 januari 2005, LJN AU3147.

gebleken is dat dit onjuist is. Voor een beroep van PGGM op deze bepaling is dus geen plaats.

In het tussenarrest wordt niet helemaal duidelijk wat de precieze achtergrond is van de gestelde afspraken met de Belastingdienst omtrent het niet in rekening brengen van btw. Met name is onduidelijk of de Belastingdienst akkoord is gegaan met het niet in rekening brengen van btw over de betalingen aan Knipscheer zonder dat sprake is van ondergeschiktheid aan STR. Alvorens verder te beslissen heeft het hof behoefte aan nadere informatie. Het hof draagt STR op (onder meer) correspondentie met de Belastingdienst in het geding te brengen, waaronder de standpuntbepalingen van de loon-, inkomsten- en omzetbelastinginspecteurs.

Op 26 augustus 2005 volgt het eindarrest van het hof.<sup>4</sup>

Het hof blijft bij hetgeen in het tussenarrest is overwogen en beslist verder als volgt. Voor de beantwoording van de vraag of er – ondanks de managementovereenkomst – tussen STR en Knipscheer een arbeidsovereenkomst bestaat, komt het niet alleen aan op de bedoeling van partijen bij het sluiten van die overeenkomst volgens het hof, maar tevens op de wijze waarop vervolgens aan die overeenkomst uitvoering is gegeven.

Het hof gaat vervolgens (r.o. 3) in op het ondernemersbegrip in de omzetbelasting, hetgeen, aldus het hof, een zeer ruim begrip is. Pas wanneer geen sprake is van zelfstandige bedrijfsuitoefening, en dus van ondergeschiktheid, behoeft geen btw over de nota's voor de geleverde diensten te worden afgedragen. In beginsel is het derhalve zo dat alleen dan aan die door STR niet gewenste btw-heffing zou kunnen worden ontkomen indien STR, Knipham en Knipscheer hun relatie zodanig zouden invullen dat geen sprake zou zijn van zelfstandige bedrijfsuitoefening door Knipham, hetgeen in beginsel alleen mogelijk is indien sprake is van ondergeschiktheid. Aangezien alleen een natuurlijke persoon ondergeschikt kan zijn, zou die ondergeschiktheid moeten gelden tussen STR en Knipscheer, de enige werknemer van Knipham. Nu tussen partijen niet in geschil is dat onderdeel van de gemaakte afspraken was dat geen sprake zou zijn van in rekening te brengen btw, moet het er dus in beginsel voor worden gehouden dat de uitvoering van de overeenkomst tussen STR en Knipham zodanig is vormgegeven dat sprake was van ondergeschiktheid van Knipscheer ten opzichte van STR.

Volgens het hof heeft STR niet voldoende concreet onderbouwd dat de Belastingdienst heeft ingestemd met het niet in rekening brengen van btw over de managementfee zonder dat sprake behoefde te zijn van ondergeschiktheid. De gestelde afspraak met de Belastingdienst is volgens het hof niet komen vast te staan, zodat het hof daaraan voorbijgaat.

<sup>4</sup> Hof Den Haag 26 augustus 2005, LJN AU3151.

Hetgeen hiervoor is overwogen, leidt, mede in aanmerking nemend de bepalingen in de statuten van STR ('de algemeen directeur is een natuurlijke persoon, die in dienst is van de stichting') en de beperkte doelomschrijving in de statuten van Kniphams ('het doen van periodieke, van het leven van de gerechtigde afhankelijke uitkeringen, alsmede houdstermaatschappij'), tot de conclusie dat er een gezagsverhouding is tussen STR en Knipscheer.

De inhoud van de managementovereenkomst brengt – in het licht van hiervoor aangehaalde bepaling in de statuten van STR en de benoeming van Knipscheer tot algemeen directeur van STR – mee dat Knipscheer gehouden is tot persoonlijke arbeidsverrichting. In de bedoelde overeenkomst is immers vermeld dat deze van rechtswege eindigt op het tijdstip waarop Knipscheer niet langer als directeur aan Kniphams is verbonden. Verder wijst het hof op bepalingen in de managementovereenkomst, waaruit volgt dat Kniphams tijdens ziekte en arbeidsongeschiktheid of vakantie van Knipscheer geen arbeid kan dan wel behoeft te verrichten.

Aangezien de managementfee via de loonadministratie van STR en zonder dat Kniphams daarvoor nota's zond aan Knipscheer werd voldaan en voorts de statutaire doelomschrijving van Kniphams de werkzaamheden uit hoofde van de managementovereenkomst niet mede omvat, moeten de betalingen van STR worden beschouwd als tegenprestatie voor de werkzaamheden van Knipscheer.

Het voorgaande leidt het hof tot het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen STR en Knipscheer, waaraan de managementovereenkomst niet in de weg staat.

STR brengt in cassatie een drietal, tevergeefs gestelde rechts- en motiveringsklachten naar voren.

De eerste klacht is dat het hof ten onrechte de Groen/Schoevers-criteria uit het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1997 (NJ 1998, 149) heeft gehanteerd. Die criteria zouden toepasselijk zijn als in een procedure tussen STR en Knipscheer zou moeten worden beslist of tussen die partijen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Zij zijn niet toepasselijk in een geval als het onderhavige, waarin tussen STR en Knipscheer vaststaat dat laatstgenoemde de werkzaamheden verricht krachtens een managementovereenkomst tussen STR en Kniphams, maar een derde (belanghebbende) zich op het standpunt stelt dat tussen STR en Knipscheer een arbeidsovereenkomst bestaat.

De klacht faalt. De criteria die het hof in het eindarrest heeft geformuleerd, zijn volgens de Hoge Raad zowel van toepassing in het geval partijen erover twisten of tussen hen een arbeidsovereenkomst is gesloten, als wanneer een

derde, die daarbij belang heeft, betoogt dat de tussen partijen bestaande rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst heeft te gelden.

Het tweede onderdeel betoogt dat het hof heeft miskend dat de Groen/Schoevers-criteria van belang zijn als moet worden gezien of een contractuele relatie tussen een opdrachtgever en een natuurlijke persoon een arbeidsovereenkomst (geworden) is en dat die criteria niet van belang zijn wanneer in geschil is of werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een managementovereenkomst met een 'uitlener' (de management-bv) dan wel uit hoofde van een arbeidsovereenkomst met de betrokken arbeidskracht (de directeur-groootaandeelhouder). Deze klacht vindt evenmin gehoor bij de Hoge Raad.

'Ook in een geval als de onderhavige moet aan de hand van de in genoemd arrest van 1997 genoemde criteria worden beoordeeld of tussen de *opdrachtgever en de betrokken arbeidskracht* [cursivering LvdB] een arbeidsovereenkomst is gesloten. Opmerking verdient hierbij dat in de onderhavige zaak, anders dan in het geval van HR 5 april 2002 (NJ 2003, 124 (ABN Amro/Malhi)) waarnaar het onderdeel verwijst, niet de vraag aan de orde is of sprake is van een geruisloze overgang van een inleensituatie naar een arbeidsovereenkomst, nu het hof niet heeft aangenomen dat de directeur-groootaandeelhouder aanvankelijk op een andere basis dan een arbeidsovereenkomst voor STR werkzaam was. De klacht dat uit het arrest van het hof niet of onvoldoende blijkt waarom het hof oordeelde dat een wijziging zou zijn opgetreden in contractspartners, mist dan ook feitelijke grondslag.'

Overigens behoefde het hof zich volgens de HR niet van zijn oordeel dat tussen de directeur-groootaandeelhouder en STR een arbeidsovereenkomst bestond, te laten weerhouden door de enkele omstandigheid dat vaststaat dat Kniphams en STR geen arbeidsovereenkomst met elkaar wilden sluiten, omdat zij de verplichte deelneming in het PGGM-pensioenfonds niet wensden. Bij de beantwoording van de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst gold, is namelijk niet alleen van belang hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.

STR komt ten slotte op tegen de overwegingen van het hof, waarin het tot de conclusie is gekomen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen STR en Kniphams. Ook deze klacht wordt door de HR verworpen.

‘Het hof heeft, onder verwijzing naar de concrete omstandigheden als in rov. 3-8 vermeld, overwogen dat sprake is van een gezagsverhouding tussen STR en Knipscheer, dat betrokkene de werkzaamheden persoonlijk dient te verrichten, dat de door STR gedane betalingen moeten worden beschouwd als tegenprestatie voor de door de betrokkene verrichte werkzaamheden en is op grond van een samenspel van feiten en omstandigheden tot het oordeel gekomen dat tussen STR en de directeur-groootaandeelhouder sprake is van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW. Het hof heeft derhalve niet slechts gelet op hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook op de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus inhoud hebben gegeven aan het overeengekomen, en heeft in dat verband terecht mede tot uitgangspunt genomen dat voor de beoordeling of tussen betrokkene en STR een arbeidsovereenkomst bestond, niet een enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die Knipscheer, Knipham en STR aan hun respectieve verhoudingen hebben verbonden, in hun onderling verband moeten worden gezien, gelet op alle ter zake dienende omstandigheden van het geval. Het oordeel van het hof – dat kennelijk inhoudt dat de door hem in rov. 4-7 aangenomen gezagsverhouding en verplichting om de werkzaamheden persoonlijk te verrichten voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen STR en Knipscheer – geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, verweven als het is met waarderings van feitelijke aard, voor het overige niet op juistheid worden onderzocht. Het oordeel is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd.’

### 3      **Annotatie**

De omschrijving van het begrip arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW is al vele jaren een dankbaar onderwerp in de literatuur. Verschillende gezaghebbende juridische auteurs hebben de afgelopen tijd gepoogd inzichtelijk te maken wat precies de benadering is van de Hoge Raad van de (elementen van de) arbeidsovereenkomst.<sup>5</sup> Ik twijfel er niet aan dat het arrest van 23 juli 2007 ook de nodige pennen in beweging zal brengen. Het is namelijk de eer-

5 In willekeurige volgorde zonder daarbij naar volledigheid te willen streven: E. Verhulp, Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit! SR 2005/3, nr. 16; C.J. Loonstra, De gezagsverhouding ex artikel 7:610 BW, SR 2005/3, nr. 17; C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, De acquisitrice en de predikant, De gezagsverhouding revisited, ArA 2005/3, p. 87 e.v.; G.C. Boot, Arbeidsrechtelijke bescherming, (diss.), Den Haag: Sdu 2005; J.J.M. de Laat, Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst? Over partijbedoeling, gezagsrelatie en maatschappelijke positie, ArA 2007/1, p. 47 e.v.

ste keer dat de Hoge Raad een als managementovereenkomst aangeduide verhouding accepteert als een arbeidsovereenkomst. Ook voor het overige bevat het arrest een aantal overwegingen/rechtsregels, die het bespreken waard zijn.

Uit het arrest leid ik een drietal rechtsregels af:

- A. *De Groen/Schoevers-criteria gelden ook in procedures met derdebelanghebbenden.*
- B. *De ABN Amro/Malhi-regel geldt niet onverkort voor een als 'managementcontract' aangeduide verhouding.*
- C. *Een arbeidsovereenkomst is bij een 'managementcontract' niet uitgesloten.*

In deze noot probeer ik in de eerste plaats aan de hand van de bespreking van genoemde rechtsregels inzichtelijk te maken in hoeverre dit arrest ligt in de lijn van de heersende leer over de managementovereenkomst en de lijn die de Hoge Raad in de jurisprudentie over de arbeidsovereenkomst van de afgelopen jaren heeft gevolgd. Verder wil ik stilstaan bij een bijzonderheid die in dit arrest aan de orde is. De vraag of een arbeidsovereenkomst bestond, rees in dit geval niet tussen de (pretense) werkgever en werknemer. De vraag of tussen Knipscheer en STR sprake was van een arbeidsovereenkomst kwam op in verband met de kwestie of Knipscheer onder de verplichtstelling van de *Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000* viel. De wet verbindt de verplichte deelname aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. De arbeidsovereenkomst fungeert in die wet dus als toegang tot de rechtsverhouding van Knipscheer en STR tot pensioenuitvoerder PGGM. Het was in het onderhavige geval een derdebelanghebbende, namelijk pensioenuitvoerder PGGM, die zich op het bestaan van een arbeidsovereenkomst beriep. De pensioenregeling van de Wet verplichte deelneming kenmerkt zich door het beginsel van (leeftijds)solidariteit. Doordat een zo groot mogelijk draagvlak van financiering van de pensioenregeling wordt gecreëerd, is het mogelijk een premie te berekenen die voor eenieder op dezelfde wijze wordt berekend. De betekenis van de aanwezigheid van de arbeidsovereenkomst stijgt hier dus boven het individuele (partij)belang uit.

De vergelijking met de sociale werknemersverzekeringen dringt zich hier op. De werknemersverzekeringswetten verbinden de verplichte verzekering primair aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk

6 Een verschil tussen de sociale werknemersverzekeringen en de Wet verplichte deelneming is wel dat aan de verplichte verzekering is verbonden dat zij van rechtswege intreedt indien aan de criteria van de dienstbetrekking is voldaan.



recht.<sup>6</sup> De werknemersverzekeringen kenmerken zich verder eveneens door het beginsel van solidariteit. De verplichte (collectieve) verzekering van rechtswege dient als voorwaarde voor de handhaving van risicosolidariteit en ter voorkoming van draagvlakversmalling en afwenteling.

De opvatting dat tussen de directeur-groootaandeelhouder en de management-bv een arbeidsovereenkomst mogelijk is, is in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep in het kader van de verzekeringsplicht voor de sociale werknemersverzekeringen al vele jaren heersend. Een en ander vormt voor mij aanleiding om de benadering van de management-bv door de Hoge Raad in de civielrechtelijke jurisprudentie en de Centrale Raad in het kader van de verzekerings- en premieplicht met elkaar te vergelijken. De achterliggende vraag is hierbij of er bij procedures over de uitleg van de arbeidsovereenkomst die aanhangig worden gemaakt door (belanghebbende) derden, aanleiding bestaat een andere (bij de interpretatie van de sociale verzekeringsrechter aansluitende) benadering te volgen.

#### *A. De Groen/Schoevers-criteria gelden ook in procedures met derdebelanghebbenden*

Alvorens in te gaan op de toepasselijkheid van de Groen/Schoevers-criteria, maak ik een uitstapje naar het rechtsvermoeden betreffende het bestaan van de arbeidsovereenkomst. In het tussenarrest bracht het hof nog naar voren dat wanneer een derde van mening is dat de rechtsverhouding tussen twee partijen als een arbeidsovereenkomst kwalificeert, deze derde geen beroep toekomt op het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW.<sup>7</sup> Laatstgenoemde bepaling moet volgens het hof met name worden gezien als een instrument om de bewijspositie van de ‘werknemer’ ten opzichte van de ‘werkgever’ te versterken. Aangezien tussen de directeur-groootaandeelhouder en STR geen enkele onduidelijkheid bestaat, is een beroep op de bepaling door PGGM geen plaats, aldus het hof.

De overweging van het hof dat derden geen beroep toekomt op het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW vindt steun in de parlementaire geschiedenis van artikel 7:610a BW.<sup>8</sup> In een reactie op door Kuip gesignaleerde knelpunten in de Wet flexibiliteit en zekerheid, is de vraag of derden zich op de rechtsvermoedens van artikel 7:610a BW en 7:610b BW, ontkennend beantwoord.

Het cassatiemiddel heeft voornoemde redenering omtrent de toepasselijkheid van de rechtsvermoedens doorgetrokken naar de bepaling van de criteria die gelden bij de beoordeling van de arbeidsovereenkomst. Het eerste

7 Het onderdeel (nr. 13) in het arrest van het hof spreekt abusievelijk van artikel 6:610a BW.

8 Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 16.

onderdeel brengt naar voren dat de Groen/Schoevers-criteria niet gelden wanneer tussen STR, Knipscheer en Knipham vaststaat dat hun onderlinge rechtsverhouding een managementovereenkomst is. Het middel betoogt dat de bedoelde criteria zijn ontwikkeld om onduidelijkheden op te lossen in de relatie tussen 'de werkgever' en 'de werknemer' en niet van toepassing zijn op de situatie waar tussen deze partijen overeenstemming bestaat over het feit dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het in het Groen/Schoevers-arrest voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst voorgeschreven 'mede in aanmerking nemen van de wijze waarop partijen aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven', geldt volgens het middel dus niet indien tussen partijen (achteraf) geen onduidelijkheid over de kwalificatie van de overeenkomst bestaat.

Het verbaast mij geenszins dat deze klacht door de Hoge Raad wordt verworpen.

Gevallen waar *tussen partijen* geen enkele onduidelijkheid bestaat over de kwalificatie van hun rechtsverhouding (dat wil zeggen: het etiket dat zij aan hun arbeidsverhouding willen geven), worden door partijen bij die overeenkomst immers nooit ter beoordeling aan de rechter voorgelegd. Geschillen over de kwalificatie van de overeenkomst ontstaan uitsluitend bij onduidelijkheid (achteraf<sup>9</sup>) tussen partijen over de aard van de overeenkomst, of indien, zoals in het onderhavige geval, een derdebelanghebbende zich op het bestaan van de arbeidsovereenkomst beroept. In die gevallen zal voor de vaststelling of sprake is van een arbeidsovereenkomst steeds 'mede in aanmerking moeten worden genomen de wijze waarop partijen aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven'. Dit hangt samen met het volgende. (Ook) bij de vaststelling van de (in de loop der tijd onveranderd gebleven) *partijbedoeling* gaat het om de werkelijke bedoeling van partijen en niet om de juridische vorm die (of, in de woorden van Koopmans: het juridische kleed<sup>10</sup> dat) zij om hen moverende redenen aan hun verhouding hebben gegeven. Ik verwijs in dit verband naar Verhulp, die in de noot bij het arrest opmerkt dat de wetgever de definiëring van de arbeidsovereenkomst bewust buiten de macht van partijen heeft gesteld.<sup>11</sup>

Voor de vaststelling van de werkelijke bedoelingen van partijen is het natuurlijk onmogelijk uitsluitend af te gaan op 'de blauwe ogen van partij-

9 Vgl. HR 10 december 2004, NJ 2005, 329 (Diosynth/Groot). Uit dit arrest blijkt dat wanneer beide partijen bij het aangaan van de overeenkomst hebben beoogd dat deze als een overeenkomst van opdracht en niet als een arbeidsovereenkomst diende te worden aangemerkt, dat van belang doch niet zonder meer beslissend voor de tussen partijen betwiste kwalificatievraag. In geschillen tussen partijen is de kwalificatie van partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst dus evenmin doorslaggevend.

10 T. Koopmans, De begrippen werkmans, arbeider en werknemer, Samsom: Alphen aan den Rijn 1962, p. 36.

11 E. Verhulp, noot bij HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449.

en', of hetgeen partijen bij het aangaan van de overeenkomst omtrent hun rechtsverhouding op papier hebben gezet. Voor de bepaling daarvan is het noodzakelijk dat mede in aanmerking wordt genomen de wijze waarop partijen aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. De ex-echtgenoten in het arrest Van der Male/Den Hoedt<sup>12</sup> hadden er (om fiscale motieven) eveneens belang bij hun rechtsverhouding in plaats van als een alimentatieovereenkomst, als arbeidsovereenkomst aan te duiden. Dit vond evenmin gehoor bij de Hoge Raad. Hij kon de werkelijke bedoeling van partijen vaststellen aan de hand van de uitvoering van de overeenkomst, waaruit bleek dat partijen nooit beoogd hadden een arbeidsverhouding aan te gaan. Ik heb zo mijn twijfels bij de vraag of partijen in het onderhavige geval werkelijk hebben beoogd geen arbeidsovereenkomst aan te gaan. Vast staat wel dat partijen de verplichtstelling ingevolge de Wet verplichte deelneming beoogden te voorkomen. Het etiket van een arbeidsovereenkomst kwam partijen dus (wat dat betreft<sup>13</sup>) niet goed uit. Dat argument op zichzelf kan niet doorslaggevend zijn voor de beantwoording van de vraag of partijen in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst hebben beoogd. De gedachte dat wezen voor schijn behoort te gaan, geldt mijns inziens zeker indien met de kwalificatie van de overeenkomst boven het individu uitstijgende (solidariteits)belangen zijn gemoeid.<sup>14</sup>

*B. De ABN Amro/Malhi-regel geldt niet onverkort voor een als 'management-contract' aangeduide verhouding*

De tweede klacht komt erop neer dat in het geval voor de beoordeling van de vraag of de rechtsverhouding tussen Knipscheer als directeur-grootaandeelhouder van Knipham en STR een arbeidsovereenkomst (geworden) is, niet de Groen/Schoevers-criteria, doch die uit ABN Amro/Malhi doorslaggevend zijn. Het onderdeel betoogt dat het hof heeft miskend dat de vaststaande feiten in dit geval zowel verenigbaar zijn met het voortbestaan van de managementovereenkomst als met het in de plaats daarvan aangaan van een dienstbetrekking tussen 'inlener' (STR) en de ter beschikking gestelde arbeidskracht (Knipscheer). Verder klaagt het onderdeel dat uit het bestreden arrest onvoldoende blijkt waarom het hof heeft gemeend te moeten uitgaan van een situatie waarin, zonder dat STR, Knipham en Knipscheer dit wensten, een wijziging zou zijn opgetreden in de contractspartners en de aard van het contract. Het middel verliest hiermee volgens de Hoge Raad uit het oog dat geen sprake

12 HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263.

13 Daarentegen bracht het ontbreken van een arbeidsovereenkomst voor partijen juist mee dat de betalingen btw-plichtig zouden zijn.

14 Zie ook onderdeel 3 van de noot van Verhulp bij het arrest van 13 juli 2007, NJ, 2007, 449. Verhulp wijst op andere gevallen van 'derdenwerking' van de arbeidsovereenkomst, zoals de aansprakelijkheid voor schade die derden lijden en de (polisvoorwaarden van) aansprakelijkheidsverzekeringen, die voor werknemers anders zijn dan voor zelfstandigen.

is van een geruisloze overgang van een inleensituatie naar een arbeidsovereenkomst, nu het hof niet heeft vastgesteld dat Knipscheer aanvankelijk op een andere basis dan een arbeidsovereenkomst bij STR werkzaam was.

In het arrest ABN Amro/Malhi<sup>15</sup> ging het wel om de vraag of sprake was van een wijziging van contractspartners. Ten aanzien van Malhi stond in rechte vast dat hij aanvankelijk op basis van een 'inleenovereenkomst' met De Gast bij de ABN Amro bank (schoonmaak)werkzaamheden verrichtte. Ook stond vast dat er in die verhouding in de loop der tijd enige wijzigingen waren doorgevoerd, zoals het op verzoek van de bank doen van andere klussen en de omstandigheid dat Malhi op een gegeven moment betaald werd conform de ABN Amro bank-cao. De Hoge Raad oordeelde dat de door de rechtbank gehanteerde criteria van Groen/Schoevers niet van toepassing zijn, aangezien het hier niet om de vraag gaat hoe een op zichzelf tussen partijen vaststaande overeenkomst krachtens welke de ene partij werkzaamheden verricht voor een ander moet worden gekwalificeerd. Het gaat om de vraag *of* (en zo ja, *vanaf wanneer*) moet worden aangenomen dat een (arbeids)overeenkomst tot stand is gekomen tussen Malhi en de bank. Volgens de Hoge Raad verzet de rechtszekerheid zich tegen een geruisloze vervanging van de tussen Malhi en de ABN Amro bank bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken.

Anders dan in het arrest ABN Amro/Malhi heeft zich in het onderhavige geval geen *wijziging* van contractspartners voorgedaan. Aangezien moet worden aangenomen dat Knipscheer van het begin af aan op basis van een arbeidsovereenkomst bij STR werkzaam was, zijn de criteria die de Hoge Raad in het arrest ABN Amro/Malhi heeft neergelegd in casu niet van toepassing. In een dergelijk geval speelt het argument van de rechtszekerheid geen doorslaggevende rol. Ik kan me vinden in de opvatting dat in het onderhavige geval de verhoudingen tijdens de loop van de overeenkomst niet zijn gewijzigd, zodat het onderhavige geval in dat opzicht niet op een lijn is te stellen met de casus in het arrest ABN Amro/Malhi. Wel is het opmerkelijk dat de Hoge Raad geen nadere eisen heeft gesteld aan de motivering van het hof, dat tussen Knipscheer en STR sprake was van een *overeenkomst*.<sup>16</sup> Daarop ga ik bij de bespreking van het overeenkomstvereiste verder in.

15 HR 2 april 2002, NJ 2003, 124, m.nt. Heerma van Voss (ABN Amro/ Malhi).

16 In een eerdere bijdrage van mijn hand gaf ik als mogelijke reden voor het ontbreken van een arbeidsovereenkomst tussen de directeur-groootaandeelhouder van de management-bv en 'de opdrachtgever, de omstandigheid dat tussen de directeur-groootaandeelhouder en 'de opdrachtgever' een overeenkomst ontbreekt. Hiervoor vond ik mede steun in de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest ABN Amro/ Malhi. Zie L. van den Berg, De management-bv in de werknemersverzekeringen, SMA 2004/2, p. 55 e.v.

*C. Een arbeidsovereenkomst is bij een 'managementcontract' niet uitgesloten*  
 Volgens de Hoge Raad is het hof terecht tot het oordeel gekomen dat de overeenkomst tussen STR en Knipscheer een arbeidsovereenkomst is. Volgens de Hoge Raad heeft het hof 'onder verwijzing naar de concrete omstandigheden als in rov. 3-8 vermeld, overwogen dat sprake is van een gezagsverhouding tussen STR en Knipscheer, dat betrokkene de werkzaamheden persoonlijk dient te verrichten, dat de door STR gedane betalingen moeten worden beschouwd als tegenprestatie voor de door de betrokkene verrichte werkzaamheden en is op grond van een samenspel van feiten en omstandigheden tot het oordeel gekomen dat tussen STR en de directeur-groootaandeelhouder sprake is van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW.' Volgens de Hoge Raad heeft het hof derhalve niet slechts gelet op hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook op de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus inhoud hebben gegeven aan het overeengekomene, en heeft in dat verband terecht mede tot uitgangspunt genomen dat voor de beoordeling of tussen betrokkene en STR een arbeidsovereenkomst bestond, niet een enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die Knipscheer, Knipham en STR aan hun respectieve verhoudingen hebben verbonden, in hun onderling verband moeten worden gezien, gelet op alle ter zake dienende omstandigheden van het geval. Laten we eerst nog eens kijken naar de argumentatie van het hof dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Knipscheer en STR. Ik ga daarbij in op de afzonderlijke elementen van de arbeidsovereenkomst.

### **3.1 Gezagsverhouding**

Een belangrijke aanwijzing voor het bestaan van een gezagsverhouding tussen Knipscheer en STR is volgens het hof gelegen in de omstandigheid dat geen btw over de nota's wordt berekend en afgedragen. Aangezien de Wet op de omzetbelasting uitgaat van een zéér ruim ondernemersbegrip, kan volgens het hof alleen aan btw-heffing worden ontkomen indien sprake is van ondergeschiktheid van Knipscheer en aangezien alleen natuurlijke personen ondergeschikt kunnen zijn, moet het ervoor worden gehouden dat de uitvoering van de overeenkomst tussen STR en Knipham zodanig is vormgegeven dat sprake was van ondergeschiktheid van Knipscheer ten opzichte van STR. Volgens het hof heeft STR niet voldoende concreet onderbouwd dat de Belastingdienst heeft ingestemd met het niet in rekening brengen van btw over de managementfee zonder dat sprake behoefde te zijn van ondergeschiktheid. De gestelde afspraak met de Belastingdienst is volgens het hof niet komen vast te staan, zodat het hof daaraan voorbijgaat. Mede in aanmerking nemend de bepalingen in de statuten van STR ('de algemeen directeur is een natuurlijke persoon,

die in dienst is van de stichting') en de beperkte doelomschrijving in de statuten van Knipham ('het doen van periodieke, van het leven van de gerechtigde afhankelijke uitkeringen, alsmede houdstermaatschappij'), brengt het voren-overwogene het hof tot de conclusie dat er een gezagsverhouding is tussen STR en Knipscheer.

Dat er tussen STR en Knipscheer sprake was van een gezagsverhouding, wordt dus afgeleid uit kwalificatie van de Belastingdienst omtrent de verschuldigheid van btw, in combinatie met de statutaire bepalingen van STR en de beperkte doelomschrijving van Knipham. Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd. Mijns inziens kan in dit geval niet worden gezegd dat het hof bij de beoordeling van de gezagsverhouding voldoende (zelfstandig) in de beoordeling heeft betrokken de wijze waarop partijen feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. Wanneer de wijze van uitvoering van de overeenkomst in de beoordeling wordt betrokken, zal toch vast moeten staan dat STR in de arbeidsverhouding tot Knipscheer enigerlei zeggenschap heeft over de wijze waarop de werkzaamheden van Knipscheer worden uitgevoerd,<sup>17</sup> dan wel ingericht.<sup>18</sup> Dat de fiscale kwalificatie van de arbeidsrelatie zo'n grote rol speelt,<sup>19</sup> is overigens opmerkelijk. De civiele rechter dient immers de vraag of een arbeidsverhouding voldoet aan de criteria van de arbeidsovereenkomst, zelfstandig te beoordelen en is daarbij geenszins gebonden aan de fiscale kwalificatie. Dat geldt eens te meer nu het bij de vraag of omzetbelasting is verschuldigd, niet primair gaat om de vraag of de arbeidsovereenkomst ontbreekt, maar om de vraag of men ondernemer is in de zin van de Wet op de omzetbelasting.<sup>20</sup>

17 Vgl. HR 8 mei 1998, NJ 2000, 81 (motelzangeres). Zie ook: C.J. Loonstra, De gezagsverhouding ex art 7:610 BW, SR 2005/17. Loonstra is van mening dat er voor de aanwezigheid van de gezagsverhouding altijd enigerlei vorm van zeggenschap over de werkinhoud moet zijn.

18 Vgl. HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173, m.nt. Snijders (Kruis). Zie ook: Van der Grinten & Bouwens, Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 18, die opmerken dat het niet hoeft te gaan om de bevoegdheid van de werkgever aanwijzingen te geven met betrekking tot de bedongen arbeid. Voldoende is volgens Van der Grinten & Bouwens dat de werkgever bevoegd is aanwijzingen te geven ter bevordering van de goede orde binnen de onderneming of het werkverband.

19 De fiscale kwalificatie van de arbeidsverhouding wordt wel vaker betrokken in de beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, vgl. Rb. Middelburg 5 februari 2003, JAR 2003/66. In het arrest Groen/Schoevers van HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 werd mede uit de omstandigheid dat Groen zelfstandig de wijze van declareren had bepaald (namelijk door de vof waarvan hij vennoot was) mede afgeleid dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Deze omstandigheid moest evenwel in het licht worden gezien van de maatschappelijke positie van Groen, die een belangrijke rol speelde bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

20 Overigens zou ik mij wel kunnen voorstellen dat voor het hof heeft meegespeeld dat het onaanvaardbaar is een constructie te accepteren die meebrengt dat partijen enerzijds niet onder de verplichtstelling van de Wet verplichte deelneming brengt, en anderzijds tevens meebrengt dat geen btw is verschuldigd.

### 3.2 Verplichting tot persoonlijke arbeid

Volgens het hof brengt de inhoud van de managementovereenkomst – in het licht van bepaling in de statuten van STR en de benoeming van Knipscheer tot algemeen directeur van STR – mee dat Knipscheer gehouden is tot persoonlijke arbeidsverrichting. In de managementovereenkomst is vermeld dat deze van rechtswege eindigt op het tijdstip waarop Knipscheer niet langer als directeur aan Knipham is verbonden. Verder volgt uit de managementovereenkomst dat Knipham tijdens ziekte en arbeidsongeschiktheid of vakantie van Knipscheer geen arbeid kan dan wel behoeft te verrichten. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand.

Voornoemde aanwijzingen zijn, in het geval (reeds) duidelijk is dat de gehoudenheid van Knipscheer de werkzaamheden persoonlijk te verrichten, afdoende om tot een persoonlijke arbeidsplicht van Knipscheer te kunnen concluderen. Uit de bepalingen in de managementovereenkomst leidt het hof in wezen af dat ten aanzien van de werkzaamheden van Knipscheer geen vervangingsvrijheid bestaat. Indien het ‘de werknemer’ volledig vrijstaat de werkzaamheden door een ander te laten verrichten, is volgens vaste jurisprudentie van een persoonlijke arbeidsverplichting geen sprake.<sup>21</sup>

### 3.3 Loon

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof, dat aan het loonelement van de arbeidsovereenkomst is voldaan, in stand. Aangezien de managementfee via de loonadministratie<sup>22</sup> van STR en zonder dat Knipham daarvoor nota's zond aan Knipscheer werd voldaan en voorts de statutaire doelomschrijving van Knipham de werkzaamheden uit hoofde van de managementovereenkomst niet mede omvat, moeten de betalingen van STR volgens het hof worden beschouwd als tegenprestatie voor de werkzaamheden van Knipscheer. Loon in de zin van artikel 7:610 BW is de door de werkgever verschuldigde contraprestatie voor de door de werknemer verrichte arbeid.<sup>23</sup> Het voornoemde leidt het hof tot het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen STR en Knipscheer, waaraan de managementovereenkomst niet in de weg staat.

Resumerend kan worden gezegd dat het hof op het eerste gezicht genoegzaam en in lijn met vaste jurisprudentie heeft gemotiveerd waarom ten aanzien van Knipscheer sprake is van een verplichting tot persoonlijke

<sup>21</sup> HR 13 december 1957, NJ 1958, 35.

<sup>22</sup> Met inhouding van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen.

<sup>23</sup> H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht* (bew. door I.P. Asscher-Vonk & W.H.A.C.M. Bouwens), Deventer: Kluwer 2007, p. 54.

arbeid en van STR tot loonbetaling. Ik gaf al aan dat dit, gezien de nadruk op de fiscale kwalificatie, anders ligt voor de gezagsverhouding. De motivering van het hof schiet wellicht echter ook op een ander punt tekort. Het hof maakt namelijk niet of onvoldoende duidelijk welke omstandigheden tot de conclusie leiden dat de ‘gezagsbetrekking’, ‘persoonlijke arbeidsverplichting’ en gehoudenheid tot loonbetaling voortvloeien uit een contractuele relatie met Knipscheer. Daarop ga ik hierna bij de bespreking van het overeenkomstvereiste in.

### 3.4 Het overeenkomstvereiste

Het oordeel van het hof dat de gezagsverhouding en persoonlijke arbeidsverplichting voortvloeien uit een overeenkomst tussen Knipscheer en STR, is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd.

Het zou in de lijn van de verwachtingen hebben gelegen dat de Hoge Raad nadere eisen had gesteld aan de motivering van het hof, dat de gehoudenheid de arbeid persoonlijk te verrichten, evenals de gezagsverhouding en de verplichting tot loonbetaling voortvloeien uit een overeenkomst tussen Knipscheer en STR. Voordat dit arrest werd gewezen, was het immers al vele jaren de heersende leer dat in geval van een managementovereenkomst met een rechtspersoon-bv geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst tussen de opdrachtgever van die bv en de achter die bv schuilgaande personen.

Ik citeer Koopmans:<sup>24</sup>

‘Een nv kan op zich nemen een bepaald werk, of bepaalde diensten voor een ander te verrichten, maar zij kan zich niet verbinden haar arbeidskracht voor een ander aan te wenden. Het resultaat, dat de nv in de verhouding tot haar opdrachtgever niet de bescherming van titel VII A (boek 7 BW) geniet, is uit sociaal oogpunt ook niet onjuist. Het zijn de in feite werkzame mensen, aan wie die bescherming eventueel toekomt; zij vinden echter niet in de verhouding tot de opdrachtgever, maar in die tot de rechtspersoon-uitvoerder hiervoor de grondslag.’

In de jurisprudentie vinden we een soortgelijke redenering. In het arrest Arrow/Bruijns c.s.<sup>25</sup> ging het om de toepasselijkheid van artikel 1637x BW (oud) op een concurrentiebeding in een managementcontract met de vennootschappen van Bruijns en Hoek: Bruijns BV en Hoek BV. De vennootschappen

<sup>24</sup> T. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*: Alphen aan den Rijn: Samsom 1962, p. 211.

<sup>25</sup> HR 9 juli 1990, NJ 1991, 215, m.nt. PAS.



konden volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als arbeiders, aangezien alleen een natuurlijke persoon arbeider kan zijn. Bruijns en Hoek waren directeur van de genoemde vennootschappen. De managementovereenkomsten brachten wel mee dat zij in opdracht van die vennootschappen werkzaamheden voor Arrow verrichtten, maar uit de vaststaande dan wel door Bruijns c.s. vastgestelde feiten kon niet worden afgeleid dat zij daardoor tot Arrow kwamen te staan in een rechtsverhouding die als arbeidsovereenkomst is aan te merken.

Het Hof Amsterdam oordeelde in 2003<sup>26</sup> (eveneens in het kader van een concurrentiebeding op een met een management-bv gesloten managementcontract) in het verlengde van het eerder genoemde arrest dat de natuurlijke persoon, directeur-groootaandeelhouder van de management-bv, niet in dienst is van de opdrachtgever, aangezien hij in dienst is van de management-bv, terwijl de management-bv een managementovereenkomst met de opdrachtgever had gesloten.

Uit het voorgaande blijkt dat de gehoudenheid van de natuurlijke persoon (directeur-groootaandeelhouder) tot het persoonlijk verrichten van arbeid in ondergeschiktheid van 'de opdrachtgever' voortvloeit uit een rechtsverhouding tot de rechtspersoon-'opdrachtnemer' en niet tot de 'opdrachtgever'. Een bijkomend probleem is dat de verhouding tussen de (gesalarieerde) directeur-groootaandeelhouder en de bv volgens de heersende leer als arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt. De directeur-groootaandeelhouder is (formeel) ondergeschikt aan de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders, die hij dient te beschouwen als 'afkomstig van de vennootschap'.<sup>27</sup> Het aannemen van een arbeidsovereenkomst tussen de directeur-groootaandeelhouder en de 'opdrachtgever' kan dus meebrengen dat sprake is van twee arbeidsovereenkomsten.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Hof Amsterdam 9 januari 2003, JAR 2003/35.

<sup>27</sup> Zie HR 7 februari 1940, NJ 1940, 180; HR 4 november 1942, AB 1943, p. 355; HR 18 september 1985, NJ 1986, 177, m.nt. PAS. Zie nader Asser-Van der Grinten/Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 2-II, nr. 307 en de daar geciteerde literatuurverwijzingen.

<sup>28</sup> In mijn bijdrage over de management-bv in SMA in 2004 suggereerde ik dat een reden voor het ontbreken van een arbeidsovereenkomst tussen de directeur-groootaandeelhouder van de management-bv en de opdrachtgever zou kunnen zijn dat het problematisch is voor dezelfde werkzaamheden twee arbeidsovereenkomsten aan te nemen, namelijk een arbeidsovereenkomst met zowel de management-bv als de 'opdrachtgever', zie L. van den Berg, *De management-bv in de werknemersverzekeringen*, SMA 2004/2, p. 56. Denkbaar is echter volgens mij dat de arbeidsovereenkomst tot de bv in een dergelijk geval gedurende de rechtsverhouding tot de 'opdrachtgever' (slappend) doorloopt. Zie voorts Bouwens & Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 14-15, die onder verwijzing naar HR 27 april 195, NJ 1955, 412 (Wasbaas) opmerken dat niet ondenkbaar is dat een werknemer voor dezelfde arbeidsprestatie arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers heeft gesloten.

De kantonrechter die in eerste aanleg over de verplichtstelling van Knipscheer oordeelde, overwoog het volgende:

‘STR heeft met recht aangevoerd dat alleen natuurlijke personen als werknemer partij bij een arbeidsovereenkomst kunnen zijn. Een rechtspersoon kan niet in dienst treden vanwege het persoonlijk karakter van de arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat de overeenkomst tussen Knipham en STR geen arbeidsovereenkomst kan zijn. Knipscheer was geen partij bij die overeenkomst.’

De klachten van STR, die erop neerkomen dat de door het hof bedoelde ondergeschiktheid, gehoudenheid tot persoonlijke arbeid en loonbetaling slechts van belang zijn wanneer die voortvloeien uit een contractuele relatie tussen STR en Knipscheer, sluiten aan bij het voorstaande. STR heeft daarbij aangegeven dat Knipham het aan haar toekomende werkgeversgezag aan STR kan delegeren, en dat de gehoudenheid de arbeid persoonlijk en aan Knipscheer betalingen te verrichten, voortvloeit uit het managementcontract met Knipham. Uit de omstandigheden die het hof naar voren heeft gebracht teneinde tot de conclusie te komen dat aan de bekende elementen van de arbeidsovereenkomst is voldaan, komt volgens STR onvoldoende naar voren waarom het ervan uit is gegaan dat Knipscheer zich daartoe via een overeenkomst heeft verbonden, nu genoemde omstandigheden zich eveneens kunnen voordoen in het geval de werkzaamheden die Knipscheer voor STR verricht wel op basis van de managementovereenkomst met Knipham plaatsvinden. Het hof heeft met andere woorden er in zijn motivering niet op aangestuurd dat het ‘door het contract met Knipham heeft heengekeken’.

De Hoge Raad is evenwel van opvatting dat het oordeel van het hof, ‘dat kennelijk inhoudt dat de door hem in rov. 4-7 aangenomen gezagsverhouding en verplichting om de werkzaamheden persoonlijk te verrichten voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen STR en Knipscheer’, niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

Uit de omstandigheid dat (aan de hand van de Groen/Schoevers-criteria) is vastgesteld dat er sprake is van een gezagsverhouding ten opzichte van Knipscheer, een verplichting tot persoonlijke arbeid en loonbetaling, wordt dus afgeleid dat Knipscheer zich hiertoe ook contractueel verbonden heeft.

### **3.5 De managementovereenkomst volgens de Centrale Raad van Beroep**

In de inleiding bij deze annotatie gaf ik al aan dat het onderhavige arrest aanleiding geeft tot een vergelijking met de jurisprudentie van de Centrale

Raad van Beroep (CRvB) inzake de management-bv, aangezien het in dat laatste geval eveneens gaat om een derdebelanghebbende die zich vanuit een hoger gelegen belang op het bestaan van een arbeidsovereenkomst beroept. Die aanleiding is er des te meer, wanneer blijkt dat de benadering van de Hoge Raad in het onderhavige arrest overeenkomsten vertoont met die van de CRvB. Dat is, zoals ik in het navolgende uiteen zal zetten, inderdaad het geval.<sup>29</sup>

Vooropgesteld moet worden dat de CRvB zich geenszins gebonden acht aan het oordeel van de civiele rechter over de kwalificatie van de overeenkomst. Volgens vaste jurisprudentie van de raad zijn de feiten en omstandigheden en de daaraan gegeven waardering voor het te berechten geval van betekenis en speelt de intentie van partijen, anders dan in het civiele recht, geen doorslaggevende rol. De CRvB heeft in een recente uitspraak omtrent gast-docenten nog(maals) overwogen dat het criterium van de partijbedoeling zoals voorgeschreven in het arrest Groen/Schoevers niet doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van verzekeringsplicht. Ik citeer de overwegingen van de CRvB in de betreffende uitspraak:<sup>30</sup>

‘Het gaat om de vraag of de arbeidsverhouding gelet op het geheel van feiten en omstandigheden waaronder de werkzaamheden worden verricht voldoet aan de kenmerken van de privaatrechtelijke dienstbetrekking.’

Het is hierbij de vraag of de CRvB bij het begrip partijbedoeling denkt aan de bedoeling van partijen door op hun rechtsverhouding een bepaald etiket te plakken, of dat de Centrale Raad hier (in overeenstemming met de Hoge Raad) doelt op de ‘werkelijke bedoelingen’ van partijen bij het aangaan van de overeenkomst. Deze vraag laat ik verder rusten.

De CRvB gaat in zijn jurisprudentie omtrent de management-bv niet expliciet in op de vraag of ondanks het managementcontract met de management-bv sprake is van een overeenkomst met de directeur-groootaandeelhouder van die bv.

29 Een relevante afwijking van het civiele recht is dat de directeur-groootaandeelhouder van de management-bv in relatie tot ‘zijn’ bv niet in een verzekeringsplichtige (privaatrechtelijke) dienstbetrekking werkzaam is. Dit volgt uit vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (zie onder meer: CRvB 4 oktober 1985, RSV 1986/21, m.nt. E.P. de Jong) en is sinds de inwerkingtreding van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen in 1998 uitdrukkelijk in artikel 6 lid 1 onder d van de ZW, WW en WAO vastgelegd. Zie Wet van 24 april 1997, Stb. 178.

30 CRvB 13 juli 2006, RSV 2006/257.

De CRvB gaat bij beoordeling van de verzekeringsplicht van de directeur-groootaandeelhouder van de management-bv in relatie tot opdrachtgevers na wat de werkelijke aard van de arbeidsverhouding is.<sup>31</sup> Hierbij wordt beoordeeld, zo kwam in een uitspraak over een management-bv naar voren, of voldoende aanleiding bestaat door de rechtspersoon heen te kijken.<sup>32</sup> Als er sprake is van een (contract met een) management-bv van voldoende zelfstandige betekenis, kan niet voorbij worden gegaan aan de contractuele relatie met de bv.<sup>33</sup> Uitspraken waarin het contract met de management-bv wordt gerespecteerd, zijn schaars. In de regel geldt daarvoor de eis dat binnen de management-bv meerdere personen werkzaam zijn.<sup>34</sup> Indien sprake is van een eenpersoonsmanagement-bv, zal het contract met de management-bv alleen voldoende reële betekenis kunnen hebben, wanneer de management-bv zich naar buiten toe duidelijk als ondernemer manifesteert. Een belangrijk aanknopingspunt is daarbij de omstandigheid dat de management-bv meerdere opdrachtgevers heeft.<sup>35</sup>

In de regel wordt in uitspraken over managementcontracten door de CRvB wel aangenomen dat er een arbeidsovereenkomst is met de directeur-groootaandeelhouder van de management-bv en de opdrachtgever.

Indien de feiten en omstandigheden uitwijzen dat het contract met de management-bv feitelijk was gesloten met het oog op de persoonlijke arbeidsinzet van de directeur-groootaandeelhouder, acht de CRvB dat een persoonlijke arbeidsverplichting. Op de vraag of (het contract met) de management-bv voldoende reële betekenis heeft, gaat de CRvB bij het aannemen van een verplichting tot persoonlijke arbeidsverrichting niet expliciet in. De persoonlijke arbeidsverplichting is er bijvoorbeeld indien sprake is van een omzetting van een arbeidsovereenkomst van een directeur in een managementovereenkomst met de inmiddels door diezelfde directeur opgerichte management-bv.<sup>36</sup> Wanneer de werkzaamheden steeds persoonlijk zijn verricht én binnen de betreffende management-bv feitelijk niemand anders werkzaam is die de betreffende werkzaamheden kan uitvoeren, is dat eveneens het geval.<sup>37</sup> Een persoonlijke arbeidsverplichting wordt ten slotte aan-

31 CRvB 20 november 1995, 94/823 ALGEM (n.g.).

32 CRvB 7 augustus 1997, USZ 1997/248, m.nt. GHvV; RSV 1997/292.

33 Vgl. CRvB 24 december 1997, USZ 1998/61.

34 CRvB 17 juli 1997, RSV 1997/291, USZ 1997/235, m.nt. red.

35 CRvB 7 augustus 1997, USZ 1997/248, m.nt. GHvV; RSV 1997/292.

36 CRvB 21 juni 1995, RSV 1996/9. Zie ook CRvB 11 september 1997, USZ 1997/270 en CRvB 7 augustus 1997, RSV 1997/292. De CRvB zal er dan in de regel van uitgaan dat niet aannemelijk is dat de directeur-groootaandeelhouder 'na de omzetting' niet langer verplicht is de arbeid persoonlijk te verrichten.

37 CRvB 16 augustus 1995, RSV 1996/55. Zie ook: CRvB 7 augustus 1997, RSV 1997/292 en CRvB 29 april 2004, 01/2960 ALGEM.

genomen indien in het contract is opgenomen dat de management-bv de directeur-groootaandeelhouder voor de 'opdracht' ter beschikking zal stellen.<sup>38</sup> Zulk een verplichting blijkt ook uit het contractueel ontbreken van de mogelijkheid voor de management-bv iemand in de plaats te stellen.<sup>39</sup> Deze laatste drie omstandigheden deden zich in het geval van Knipscheer voor. Daar kwam nog bij dat de statutaire doelomschrijving van Knipham niet voorzag in het verrichten van managementwerkzaamheden. Wanneer de Centrale Raad zou moeten oordelen of ten aanzien van Knipscheer sprake is van een verzekeringsplicht, zou het antwoord op de vraag of sprake is van een persoonlijke arbeidsverplichting (ook als de statuten van Knipham wel hadden voorzien in het verrichten van managementwerkzaamheden) zonder meer bevestigend luiden. Van een managementcontract met voldoende reële betekenis zou, zo durf ik wel te voorspellen, in het geval van Knipscheer, mede gezien het feit dat STR sinds 1992 de enige opdrachtgever van Knipham is, in de ogen van de CRvB geen sprake zijn.

Wanneer de CRvB, aan de hand van de hiervoor genoemde omstandigheden, vaststelt dat sprake is van een verplichting tot persoonlijke arbeid van de directeur-groootaandeelhouder, gaat hij er in wezen (dat wil zeggen zonder dit expliciet te overwegen) van uit dat tussen de directeur-groootaandeelhouder en 'de opdrachtgever' een overeenkomst aanwezig is. Hiermee stelt de CRvB zich bloot aan de kritiek die ook STR in het cassatiemiddel naar voren bracht, te weten dat niet genoegzaam is vast komen te staan dat niet de management-bv, maar de betreffende directeur-groootaandeelhouder zich tot de persoonlijke arbeid van de directeur-groootaandeelhouder verbonden heeft. Hierover zou ik het volgende willen opmerken. Indien (formeel) sprake is van een contract met een eenpersoonsmanagement-bv, is het moeilijk onderscheid te maken tussen de natuurlijke persoon en de management-bv. Het is 'in de maatschappelijke werkelijkheid' niet de management-bv die het managementcontract tekent en de werkzaamheden uitoefent, maar de (eventueel namens de betreffende bv optredende) directeur-groootaandeelhouder die achter de bv schuilgaat. De rechter kan niet anders dan aan de hand van de hiervoor genoemde omstandigheden die in de jurisprudentie bij het aannemen van een persoonlijke arbeidsverplichting in aanmerking worden genomen, tot het oordeel komen dat niet de management-bv, maar de directeur-groootaandeelhouder zich heeft verbonden.

38 CRvB 11 september 1997, USZ 1997/270; CRvB 22 juni 1999, USZ 1999/261, m.nt. Moesker.

39 CRvB 11 september 1997, USZ 1997/270.

Voor de aanwezigheid van een gezagsverhouding is volgens de CRvB relevant dat uit alle feiten en omstandigheden van het geval de mogelijkheid tot het geven van aanwijzingen en instructies omtrent het verrichten van de arbeid kan worden afgeleid.<sup>40</sup> Indicaties voor het aannemen van een gezagsverhouding zijn onder andere de verplichting de werkzaamheden gedurende een minimumaantal uren of dagen te verrichten, het bestaan van een opzegtermijn, het feit dat vakantie in overleg opgenomen dient te worden, het gedurende langere tijd werkzaam zijn en het werken ten kantore van de opdrachtgever. Verder zijn het afleggen van verantwoordelijkheid aan het bestuur en het geven van leiding aan werknemers omstandigheden die een gezagsverhouding aannemelijk maken.<sup>41</sup> Ook het bestaan van een relatiebeding kan wijzen op een gezagsverhouding.<sup>42</sup> De omstandigheid dat de betalingen voor de verrichte werkzaamheden per factuur, met berekening van btw worden voldaan, staat overigens niet aan het aannemen van een gezagsverhouding in de weg. Dat geldt eveneens voor een in de managementovereenkomst aangenomen vrijwaringclausule tegen mogelijke claims van de fiscus ter zake van premies werknemersverzekeringen en loonbelasting.<sup>43</sup>

De CRvB let bij de beoordeling van de gezagsverhouding dus met name op de vraag of de specifieke arbeidsverhouding (ofwel: de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden) de mogelijkheid van gezagsuitoefening meebrengt. Dat er tussen STR en Knipscheer sprake was van een gezagsverhouding,

40 Hierbij maak ik een voorbehoud voor managementcontracten waarbij de opdrachtgever een besloten vennootschap is. In gevallen waarin de management-bv als statutair directeur optreedt, moet bij de beoordeling van de gezagsverhouding (met name) aan de hand van het aandelenbezit van de directeur-groootaandeelhouder (eventueel via de management-bv) en de statutaire bepalingen van de bv van de opdrachtgever worden bepaald of de directeur-groootaandeelhouder van de management-bv zijn ontslag al dan niet kan tegenhouden. Indien dat niet het geval is, is de gezagsverhouding in beginsel aanwezig. Vergelijk in dit verband artikel 6, lid 1 onderdeel d van de ZW, WW en WAO in combinatie met de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder (Stcrt. 1997, 292), waarin soortgelijke criteria worden voorgeschreven bij de beoordeling of de arbeidsverhouding (ondanks het eventuele bestaan van een arbeidsovereenkomst) niet als dienstbetrekking in de zin van genoemde wetten moet worden aangemerkt.

41 Vgl. CRvB 16 augustus 1995, RSV 1996/55 en CRvB 29 juli 1999, RSV 2000/97, m.nt. C.F. De Lemos Benvindo.

42 Vgl. CRvB 16 augustus 1996, RSV 1996/55.

43 Vgl. CRvB 21 juni 2000, USZ 2000/21; RSV 2000/189. Een dergelijke vrijwaringclausule is overigens in strijd met de strekking van het in artikel 20, lid 2 Wet Financiering Sociale Verzekeringen neergelegde verbod van verhaal op de werknemer van premies achteraf. De Hoge Raad leidde in een arrest van 3 november 1989, RSV 1990, 204 uit het verhaalsverbod af dat de werkgever in een geval waarin partijen zich niet bewust zijn van het bestaan van een verzekeringsplichtige dienstbetrekking, en er daarom geen premie-inhouding op het loon heeft plaatsgevonden, geen bevoegdheid tot verhaal achteraf zou hebben. Volgens de Hoge Raad bestaat die bevoegdheid zelfs niet wanneer geconcludeerd moet worden dat de werkgever van zijn nalaten (tot inhouding van premies op het loon) geen enkel verwijt valt te maken.

wordt door het hof afgeleid uit kwalificatie van de Belastingdienst omtrent de verschuldigdheid van btw, in combinatie met de statutaire bepalingen van STR ('de algemeen directeur is een natuurlijke persoon, die in dienst is van de stichting') en de beperkte doelomschrijving van Knipham (die niet zag op managementwerkzaamheden). Ook voor de gezagsverhouding durf ik wel te voorspellen dat hiervan naar het oordeel van de CRvB sprake zou zijn. Daarbij neem ik met name in aanmerking de aard van de verrichte werkzaamheden, de duur van de arbeidsverhouding (meer dan 15 jaar) en de omstandigheid dat de arbeidsvoorwaarden van Knipscheer gelijkenis vertonen met die van 'gewone werknemers' (de bijdrage van STR voor de pensioenregeling van Knipscheer, het 'relatiebeding' in de arbeidsovereenkomst en de omstandigheid dat de opzegtermijn voor STR en Knipscheer in overeenstemming zijn met artikel 7:672 lid 7 BW).

Dan resteert nog de benadering van het element loon. Er behoeft volgens de CRvB geen sprake te zijn van een directe geldstroom tussen de opdrachtgever en de directeur-groootaandeelhouder om tot een verplichting tot loonbetaling jegens de directeur-groootaandeelhouder te kunnen concluderen. Uit oogpunt van de toepassing van de socialeverzekeringswetten moet volgens de CRvB door een dergelijke loonbetalingsconstructie worden heengekeken.<sup>44</sup> Volgens de CRvB rechtvaardigt het enkele feit dat de betalingen voor de werkzaamheden worden gericht aan de management-bv, niet de gevolgtrekking dat geen loon wordt uitbetaald, dan wel dat geen verplichting tot loonbetaling meer bestaat. In een dergelijk geval is slechts sprake van een situatie waarin de directeur-groootaandeelhouder een andere ontvanger van het hem toekomende loon heeft aangewezen.<sup>45</sup>

In het geval van Knipscheer was geen sprake van betalingen aan de bv, maar aan Knipscheer persoonlijk. Aangezien de managementfee via de loonadministratie<sup>46</sup> van STR en zonder dat Knipham daarvoor nota's zond aan Knipscheer werd voldaan en voorts de statutaire doelomschrijving van Knipham de werkzaamheden uit hoofde van de managementovereenkomst niet mede omvat, worden de betalingen van STR beschouwd als tegenprestatie voor de werkzaamheden van Knipscheer. Het spreekt voor zich dat de CRvB in dit geval eveneens tot de conclusie zou zijn gekomen dat aan het loonelement van de arbeidsovereenkomst is voldaan. Het is evenwel de vraag of het hof tot dezelfde conclusie was gekomen wanneer de statuten van Knipham wel zouden voorzien in de managementwerkzaamheden en

44 CRvB 6 januari 1988, RSV 1988/195.

45 CRvB 21 juni 1995, RSV 1996/9.

46 Met inhouding van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen.

Kniphham maandelijks facturen (inclusief btw) naar STR zou sturen. Deze vraag durf ik, mede gelet op het arrest Groen/Schoevers,<sup>47</sup> waarin de maatschappelijke positie van Groen, die er onder meer uit bleek dat de betalingen voor zijn werkzaamheden via zijn vennootschap onder firma werden gefactureerd, meebracht dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake was, niet zonder meer bevestigend te beantwoorden. Een bevestigend antwoord zou evenwel meebrengen dat het in gevallen waarin partijen wel bereid zijn tot het in rekening brengen van btw, vrij eenvoudig is aan de kwalificatie van hun rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst te ontkomen. Dat kan, met name in het geval derdebelaagden zich vanuit een hoger gelegen doel op het bestaan van de arbeidsovereenkomst beroepen, niet de bedoeling zijn.

Ten slotte rijst de vraag of de Hoge Raad anders zou hebben geoordeeld wanneer niet PGGM, maar Knipscheer zich op het standpunt had gesteld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst met STR. Je zou verwachten van niet. In het arrest komt immers naar voren dat wanneer een derde zich op het bestaan van een arbeidsovereenkomst beroept, de kwalificatie van de arbeidsrelatie aan de hand van dezelfde criteria moet geschieden als wanneer tussen partijen in geschil zou zijn of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het is volgens mij niet uitgesloten dat de rechter in dat geval meer betekenis zou hebben gehecht aan de formele partijbedoelingen bij het aangaan van de overeenkomst. Toch verwacht ik niet dat dit in het onderhavige geval tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Om aan de verplichtstelling ingevolge de Wet verplichte deelneming te ontkomen, wilde Knipscheer niet dat zijn rechtsverhouding met STR het etiket arbeidsovereenkomst kreeg. Knipscheers' economische en maatschappelijke positie<sup>48</sup> gaf volgens mij echter, gezien onder meer de duur van het dienstverband, de economische afhankelijkheid van STR en de omstandigheid dat STR de wijze van salarisbetaling heeft bepaald, onvoldoende aanleiding Knipscheer aan de (formele) partijbedoeling bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst te houden.

#### 4 Slotbeschouwing

In het vorenstaande ben ik ingegaan op de overwegingen, die ondanks het (formeel) bestaan van een managementcontract met Kniphham, hebben geleid tot het aanvaarden van een arbeidsovereenkomst tussen Knipscheer en STR. Hierbij heb ik een vergelijking gemaakt tussen de benadering die in het arrest is gevolgd, en de benadering van de CRvB van managementover-

<sup>47</sup> HR 14 november 1997, NJ 1998, 149.

<sup>48</sup> Vgl. noot van E. Verhulp bij NJ 2007, 449 onder nr. 1.



eenkomsten. Vast kan worden gesteld dat de benaderingen van de rechtscolleges met elkaar overeenstemmen. Beide rechtscolleges beantwoorden de vraag of sprake is van een (arbeids)overeenkomst met de directeur-groootaandeelhouder aan de hand van de vraag of de directeur-groootaandeelhouder gehouden is de werkzaamheden (zelf) te verrichten, sprake is van de bevoegdheid (Hoge Raad) of de mogelijkheid (CRvB) van zeggenschap van 'de opdrachtgever' over de directeur-groootaandeelhouder, en of sprake is van loonbetalingen aan de directeur-groootaandeelhouder (Hoge Raad en CRvB) of de management-bv (CRvB). Wanneer op grond van alle feiten en omstandigheden van het concrete geval, in hun onderlinge samenhang bezien, kan worden vastgesteld dat aan genoemde criteria is voldaan, gaan zowel de Hoge Raad als de CRvB ervan uit dat de directeur-groootaandeelhouder en niet de management-bv zich daartoe heeft verbonden. Ik heb hierbij geconcludeerd dat een andere benadering bij contracten die formeel zijn aangegaan met een management-bv niet goed denkbaar is, omdat het in de maatschappelijke werkelijkheid de directeur-groootaandeelhouder is die (eventueel namens de management-bv) contracteert en de werkzaamheden uitoefent. Een andere werkwijze zou mijns inziens alleen kunnen inhouden dat bij managementcontracten, anders dan de heersende leer, wel de formele contractsbedoeling van partijen doorslaggevend is. In het geval een maatschappelijk belang bij het bestaan van een bepaalde overeenkomst is gemoeid, is het logisch dat de partijautonomie een (nog) minder pregnante rol speelt.

Wanneer uit het bestaan van een arbeidsovereenkomst dwingendrechtelijke verplichtingen jegens derden, zoals de uitvoeringsinstellingen van de sociale zekerheid en de uitvoerders van pensioenregelingen, voortvloeien, geldt de gedachte dat wezen voor schijn behoort te gaan des te meer. Het gevaar van 'samenspannend misbruik' is in een dergelijk geval namelijk veel groter dan in het geval de vraag of er (toch) van een arbeidsovereenkomst sprake is wordt opgeworpen door een van de partijen bij de overeenkomst. De CRvB waakt er in zijn jurisprudentie voor dat tussen partijen geen sprake is van een constructie die beoogt de verzekerings- en premieplicht te ontwijken. Dat niet zozeer de formele partijbedoeling een rol speelt, maar veeleer naar de feitelijke verhoudingen wordt gekeken, hangt daarmee samen. Ik pleit ervoor dat ook de civiele rechter in gevallen waarin derdebelanghebbenden zich vanuit een hoger gelegen belang op het bestaan van een arbeidsovereenkomst beroepen, uitgaat van een dergelijke feitelijke benadering van de arbeidsverhouding. Dit brengt mijns inziens mee dat ook bij management-bv's die wel het verrichten van managementwerkzaamheden als statutair doel hebben en zelfstandig bij de 'opdrachtgever' factureren, een arbeidsovereenkomst met de directeur-groootaandeelhouder van die bv niet op voorhand is uitgesloten. Wanneer een managementcontract

voldoende reële betekenis heeft, moet het bestaan van een (arbeids)overeenkomst met de directeur-groootaandeelhouder afwezig worden geacht. In navolging van de jurisprudentie van de CRvB kan de civiele rechter dan nagaan of de management-bv een reeds langer bestaande vennootschap is, waaraan een zekere 'maatschappelijke realiteit' kan worden toegekend. Deze 'maatschappelijke realiteit' kan worden vastgesteld aan de hand van de criteria die normaal gesproken in het fiscale recht voor de bepaling van het ondernemerschap van natuurlijke personen gelden, zoals het bestaan van verschillende opdrachtgevers en het maken van reclame.

*L. van den Berg\**

\* Universitair docent sociaal recht bij de Vrije Universiteit. Tevens is zij werkzaam als know how lawyer bij Allen & Overy.